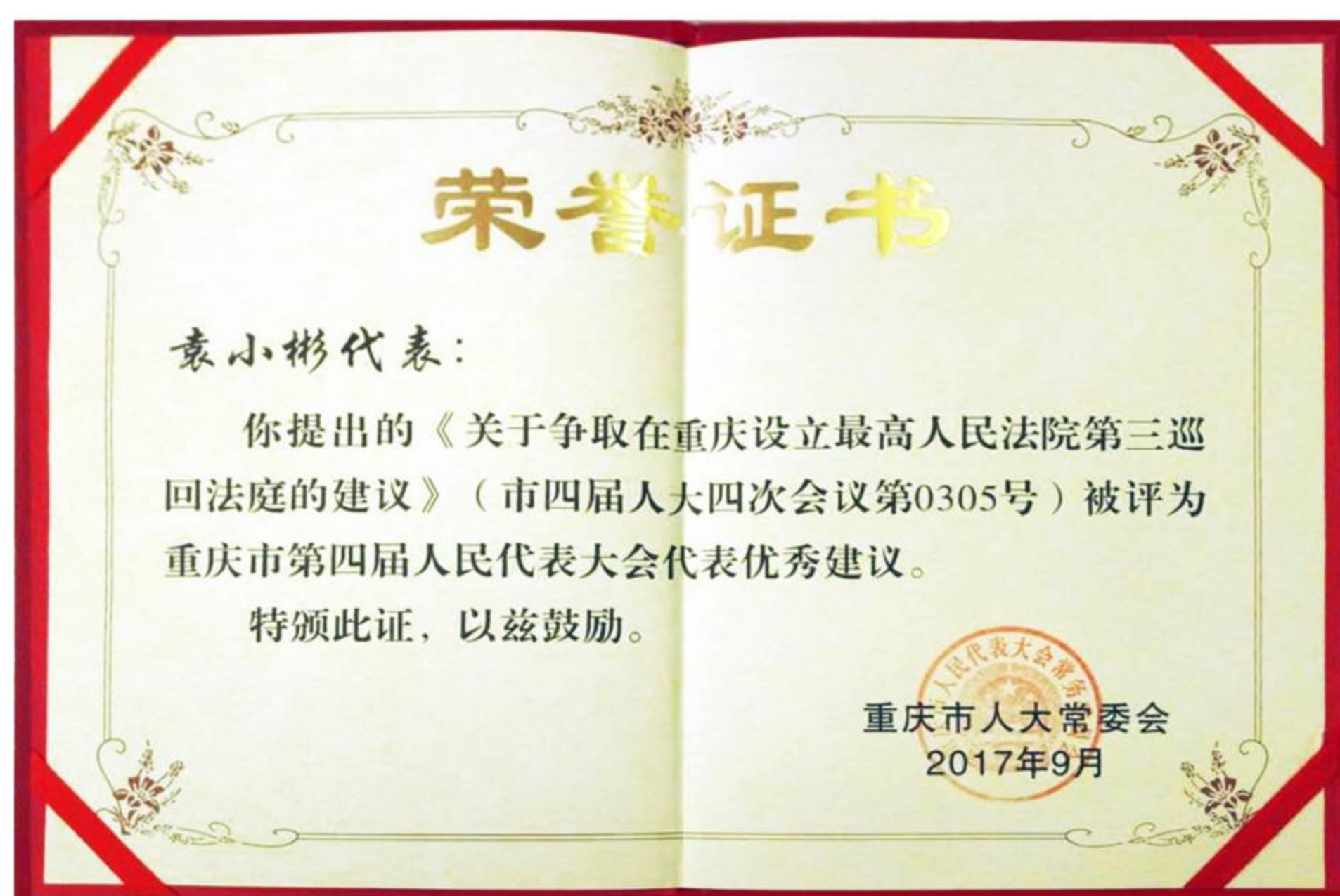




全国优秀律师事务所
司法部部级文明律师事务所
中国精英律所30强
亚太地区100强律所

合伙人袁小彬《关于争取在重庆设立最高人民法院巡回法庭的建议》被市人大评为第四届代表优秀建议

2017年9月，市人大根据全市评比达标表彰工作有关规定，经民主推选，市人大常委会主任会议研究，决定对本届5年以来的代表建议进行评比表彰。中豪董事局主席袁小彬2016年1月在重庆两会期间提出的《关于争取在重庆设立最高人民法院第三巡回法庭的建议》，继去年被市人大及黄奇帆市长充分肯定并采纳、重庆市高级人民法院致函答谢后，又被评为“市第四届人民代表大会代表优秀建议”。



全球15个国家和地区知名律所汇聚重庆 搭建“一带一路”法律服务新平台



2017年11月16日，由中豪律师事务所和民革重庆市委员会主办，LAWorld国际法律联盟、重庆市律师协会、中国国际贸易促进委员会重庆市委员会、重庆市对外投资和经济合作企业协会协办的“重庆海外投资法律实务国际论坛”在洲际酒店圆满落幕。来自全球15个国家和地区知名律所汇聚重庆并作主题演讲，围绕跨国经贸合作的法律法规、投资环境、投资机会等内容进行充分沟通和交流，让重庆企业零距离地接触和了解到“一带一路”沿线国家以及欧美国家的最新投资讯息。



中豪之窗
ZHONGHAO EXPRESS
总第053期 2017年 第5期 双月刊
(内部资料 仅供交流)

《中豪之窗》编委会

主 编：袁小彬
执行主编：杨青
编 委：张 涌 陈 晴
宋 涛 王 辉
卜海军 陈 伟
涂小琴 李东方
俞理伟 朱 剑
祝 磊 郑 毅
孙万平 陈心美
汪 飞 张德胜
陈雪剑 刘 军
崔 冽 李 燕
傅达庆 梁 勇
周庭发 周 尽
文 建 李 静
何 静 邹树彬
柯海彬 王必伟
马海生 郝红颖
赵明举 青 苗
李 永 肖 东
刘文治 郑 鹏
周 鹏 柴 佳
陈任重 绍兴全
高玉林 黎莎莎
谢 敏 吴红遐
赵 晨 夏 烈
文 奕 李 爽
曹 阳 郑继华
伍 伟

责任编辑：郭婧婧
美 编：王先
主 办：中豪律师集团

Web: www.zhhlaw.com
Twitter: @zhhlawfirm
Weibo: weibo.com/zhhlawfirm
Wechat: @zhhlawfirm

CONTENTS 目录

直击中豪 NEWS

要闻摘选 1

律师论坛 FORUM

境外投资监管迈入准2.0时代 杨青 2

本案保险公司是否履行了明确说明义务? 宋涛 7

浅析离婚协议财产分割 钟冬蕾 12

以商品房买卖形式为借款作“担保”行为模式研究 马涛 17

法理天地 THEORY

车险诉讼案件的特点及风险防范 崔冽 熊威 23

中豪新闻

2017年9月4日，由市金融工作办公室、中新示范项目管理局主办的第二届中新（重庆）金融互联互通对接会在雾都宾馆隆重举行。合伙人杨青应邀出席会议并作主题分享。

2017年9月6日，合伙人郭凌嘉举办《新加坡公司法律实务》专题讲座。她结合实务经验和案例，分享了注册成立新加坡公司的基本要求和流程，并对企业赴新投资提出有益建议。

2017年9月11日，国际顶级律所Herbert Smith Freehills 高级合伙人Michael Back 到访成都办公室，合伙人汪飞、李静和柴佳进行了热情接待，重庆办公室合伙人郑毅和杨青通过视频进行座谈交流。

2017年9月12日，德国律所Noerr管理合伙人Florian Becker博士和资深律师朱轶帆到访中豪位于北京嘉里中心的办公室，章朝晖律师给予热情接待并进行了深入交流与探讨。

2017年9月14日，合伙人李静举办《投资好莱坞电影法律实务》专题讲座，她结合近期与纽约办公室联合承办的案件，详细讲解了投资好莱坞影业的层级、模式、回报，以及如何防范法律风险等热点问题。

2017年9月15日，中豪携手中国西南美国商会共同举办《重庆自贸区政策与外商投资新规解读及投资机会》专题讲座。来自500强企业、美商会会员企业、外商投资企业的高管与拟在重庆投资的外国投资者逾60人参会。合伙人杨青和文奕出席会议，并分别作主题演讲。

2017年9月20日，由广东省商务厅主办的2017年广东省“走出去”跨国经营实务专题辅导第四期在广州总统大酒店举行。来自广东省数十家跨国投资企业的高管和法律专业人士参会。北京办公室章朝晖律师受邀出席，并作了《海外并购法律实务及案例解析》专题演讲。

2017年9月26日，市典当行业协会举办典当法律法规专题讲座。本次讲座由典当协会会长吴成学主持，市商务委特商处处长张莉华发表讲话。合伙人涂小琴受邀出席，并作了《典当业务法律关系及案例解析》专题演讲。

2017年9月27日，中豪在事务所举办《离岸（壳）公司设立、运营及尽职调查实务》沙龙活动，从事海外投资领域的近30名律师和会计师参会。合伙人杨青、香港办公室公司秘书林颖仪担任主讲嘉宾，重点讲解了离岸（壳）公司在海外投资中的价值与作用。

2017年9月27日，合伙人黎莎莎在江北办公室举办了《银行保理业务法律风险及防范》专题讲座，她结合实践经验及案例分享，介绍了保理行业的发展、定义及实务操作中遇到的法律争议焦点和风险控制等干货知识。

2017年10月11日，合伙人梁勇举办了《银行不良资产处置相关问题解析》专题讲座。他结合多年代理的诸多银行不良资产处置案件的实务经验，详细讲解了银行风险管理流程和不良资产清收管理的措施等一系列干货知识。

2017年10月15日，第二届西部破产法论坛在西南政法大学隆重举行。合伙人张涌和马涛、胡俊律师应邀出席论坛，马涛律师发表《商品房买卖型担保在房地产破产案件中的认定》演讲。

2017年10月18日，举世瞩目的中国共产党第十九次全国代表大会在北京开幕，标志着中国共产党和社会主义中国迎来又一个历史性节点，世界进入“中国时间”。中共中豪党委组织事务所全体党员律师收看了十九大开幕盛况。

2017年10月18日，合伙人傅达庆举办《合同诈骗与合同欺诈界限辨析》讲座，以其多年的刑事案件办理经验，对合同诈骗与合同欺诈之间的区别进行了全面解析。

2017年10月25日，英国律师事务所Berwin Leighton Paisner合伙人Charles Lilley、北京代表处首席代表Jim Buchanan和高级律师贺莎一行到访成都办公室。合伙人汪飞、李静、柴佳和李永等进行了热情接待并座谈交流。

2017年10月25日，合伙人夏烈举行《代理执行异议和复议实务探析》专题讲座。他以案说法，讲解了执行异议、复议和执行异议之诉实务知识，以及律师办案技巧。



2017年8月4日，国务院办公厅转发了国家发展改革委、商务部、人民银行、外交部《关于进一步引导和规范境外投资方向的指导意见》（以下简称《指导意见》），顿时引起国内外广泛关注。《指导意见》的出台会对境内企业的海外投资产生哪些影响？是否意味着今后监管机关对境内企业的海外投资会实施更加严格的监管？甚至担心今后境外投资是否还能做？这一系列问题反映的是大家对境外投资未来发展方向不确定性的担忧。下面笔者结合最近几年处理过的多宗海外投资案例积累的经验，对《指导意见》进行解读，希望能让诸君对《指导意见》及境外投资的监管趋势有更为清楚的了解。



杨青 | 合伙人
 专业领域：海外投资与并购、外商投资、基金
 手机：+86 182 0309 3176
 邮箱：eagleyang@zhhlaw.com

境外投资监管迈入准2.0时代

◎ 文 / 杨青 / 重庆办公室



境外投资从过度开放到适度监管

对于境外投资监管来说，2014年是一个非常重要的时间节点，商务部和国家发改委分别出台与修订了《境外投资管理办法》（商务部2014年3号令）和《境外投资项目核准和备案管理办法》（发改委2014年9号令），确立了“备案为主、核准为辅”的境外投资新型管理模式，即除涉及敏感国家和地区、敏感行业的境外投资项目需要进行核准外，其他境外投资项目均实行备案管理。对备案程序与办理时限都作出了明确规定，备案程序更为简便，办理时限也大为缩短。为了与商务部及发改委的上述规章保持一致，2015年2月13日，国家外汇管理局出台了《关于进一步简

化和改进直接投资外汇管理政策的通知》（汇发[2015]13号文）（以下简称《外汇13号文》），直接取消了境外直接投资项下外汇登记核准行政审批，改由银行按照《直接投资外汇业务操作指引》直接审核办理境外直接投资项下外汇登记。这意味着负责境外投资外汇管理这一职能的主管单位由外汇局转为银行负责，这无疑是我国外汇管理史上的重大改变。此外，《外汇13号文》也取消了境外再投资外汇备案，即境内投资主体设立或控制的境外企业在境外再投资设立或控制新的境外企业无需办理外汇备案手续。上述规定构建了我国境外投资备案制管理的基础。

上述规定的出台，使得我国企业的境外投资在2015年与2016年出现了

暴发式增长。2016年我国企业已宣布且有资料可查的海外投资交易达到438笔，较2015年的363笔交易增长21%；而累计宣布的交易金额为2158亿美元，较2015年大幅增长了148%。毫无疑问，上述特殊现象的出现与我国监管机关对境外投资监管的放松密切相关。由于监管政策的过度放松，这两年的海外投资中出现了诸多问题。比如，很多企业盲目投资，在缺乏充分可行性研究和未对目标公司或资产进行尽职调查的情况下便贸然下手，少数企业以海外投资为名实行逃汇之实。部分企业在境外投资房地产、酒店、影城、体育俱乐部、娱乐业，消耗了国家大量的外汇储备，从而冲击我国金融安全，而且对我国的经济结构调整与转型升级、引进国外先进技术与增加国内就业机会等方面未带来任何利好。一些企业在发展中国家或欠发达国家投资的项目忽视投资目的国的环保、能耗、安全等标准和要求，引发矛盾和纠纷，既造成经济损失，也损害我国对外形象。面对上述种种问题，如果我国的监管机关仍坐视不管，对企业而言，其贸然投资可能会遭受更大的损失；对整个国家而言，外汇储备的大量流失会对我国的金融安全造成严重危险，而且也会严重损害我国的对外形象与声誉。

因此，自2016年11月底开始，发改委、商务部、人民银行、外汇局四部门相继出台多项新政，加强了境外投资监管，特别是对房地产、酒店、影城、娱乐业、体育俱乐部等领域出现的一些非理性对外投资，以及大额非主业投资、有限合伙企业对外投资、“母小子大”、“快设快出”等境外投资实行了严格监管。但对真



实、合法合规的境外投资项目国家监管机关仍然持支持态度。四部门新政的出台对暂时扼制过热、非理性及涉嫌违法违规的境外投资发挥了积极作用，但上述零星的新政明显是“脚痛医脚，头痛医头”的临时性措施。因此，《指导意见》的出台，是监管机关针对我国当前出现的海外投资乱象开出的良方，更是为我国境外投资的健康发展和更好地推进“一带一路”投资建设指明了方向，其意义重大。虽然，《指导意见》还不是系统性和全面性地规范海外投资，但其确立的“鼓励发展+负面清单”的管理模式，及其确立的基本原则与保障措施形成的基本构架，将会规范、引导我国企业的境外投资行为朝着更为健康的方向发展，也为后续制定更为详细的配套政策措施甚至是系统的法规（比如《境外投资条例》）指明了方向。因此，笔者认为《指导意见》的出台，标志着我国境外投资监管迈入准2.0时代。

境外投资迈入“鼓励发展+负面清单”管理模式新时代

《指导意见》确立的“鼓励发展+负面清单”管理模式是其最大的亮点。将境外投资活动进行分类管理，即将境外投资活动分成鼓励、限制与禁止三类，并实行差异化管理，按照积极鼓励、适度限制、严格禁止的原则，引导企业合理把握境外投资方向和重点。多年以来，我国对外商投资行业准入就采取出台指导目录并定期进行更新的方式，将行业分为鼓励类、限制类与禁止类，该种管理方式思路更清晰、更科学和更规范。

（一）列入鼓励类的6大行业将受到青睐

《指导意见》指出，国家支持境内有能力、有条件的企业积极稳妥地开展境外投资活动，推进“一带一路”建设，深化国际产能合作，带动国内优势产能、优质装备、适用技术输出，提升我国技术研发和生产制造能力，弥补我国能源资源短缺，推动我国相关产业提质升级。鼓励类具体包括如下6大行业：

1. 有利于“一带一路”建设和周边基础设施互联互通的基础设施境外投资；
2. 能带动优势产能、优质装备和技术标准输出的境外投资；
3. 加强与境外高新技术和先进制造业企业的投资合作，鼓励在境外设立研发中心；
4. 在审慎评估经济效益的基础上，稳妥参与境外油气、矿产等能源资源勘探和开发；
5. 着力扩大农业对外合作，开展农林牧副渔等领域互利共赢的投资合作；
6. 有序推进商贸、文化、物流等服务领域境外投资，支持符合条件的金融机构在境外建立分支机构和服务网络，依法合规开展业务。

其一，“一带一路”倡议是我国在新时代背景下提出的能给世界人民带来福祉的全球性战略，因此对“一带一路”沿线国家的基础设施投资及与“一带一路”沿线国家相关的投资将受到鼓励与支持。其二，我国正在进行经济结构调整和产业转型升级，以及实现中国制造2025，因此鼓励投资境外高新技术与先进制造业，最终目的是投资后将高新技术与先进制

造业引入到中国，从而实现国家的上述战略。正如复兴集团董事长郭广昌一语中的，走出去是为了更好地回来，整合全球资源是为了更好地在中国发展。其三，鼓励对油气、矿产等能源资源领域的勘探和开发就更容易理解了。我国作为消费大国，能源资源需要大量从国外进口，但能源资源类投资风险相当大，所以要求在审慎评估经济效益的基础上稳妥投资。其四，农业和商贸、文化、物流等服务领域也纳入了鼓励类。虽然近几年我国企业在农业、文化、物流、商贸领域的境外投资有上升，但这些领域仍无法与房地产、酒店、影城、体育俱乐部、娱乐业、制造业、能源资源等领域的投资相提并论。笔者相信，上述农业和商贸、文化、物流等服务领域将会成为热门境外投资领域。

（二）列入限制类的5大行业将会受到适度限制

《指导意见》将如下5类与国家和平发展外交方针、互利共赢开放战略以及宏观调控政策不符的境外投资列入限制类：

1. 赴与我国未建交、发生战乱或者我国缔结的双多边条约或协议规定需要限制的敏感国家和地区开展境外投资；
2. 房地产、酒店、影城、娱乐业、体育俱乐部等境外投资；
3. 在境外设立无具体实业项目的股权投资基金或投资平台；
4. 使用不符合投资目的国技术标准要求的落后生产设备开展境外投资；
5. 不符合投资目的国环保、能耗、安全标准的境外投资。

其中，前3类须经境外投资主管部门核准。

自2016年下半年开始，房地产、酒店、影城、娱乐业、体育俱乐部的投资已经受到严格限制。虽然在四部门的答记者问中，委婉建议企业对这5类投资要审慎决策；但据了解，自2016年年底开始，监管机关基本上采取了一刀切的方式，全面禁止了上述5类境外投资。因此，该项内容实际上称不上是新政。

在境外设立无具体实业项目的股权投资基金或投资平台属于纯财务性投资，未能引进高新先进技术或资源，因此将其列入限制类。但对于境内企业在国内设立基金或投资平台进行境外投资是否也受到限制的问题，这要看基金平台投资的项目类别。如果投资的项目属于鼓励类，则是可以的；如投资的项目属于限制类，那则会受到相应限制。这一点与之前的监管政策有所不同。根据2016年11月四部门出台的监管政策，对有限合伙企业对外投资，无论其投资的类别，均是受到严格限制的。

需要注意的是，房地产、酒店、影城、娱乐业、体育俱乐部境外投资及境外设立无具体实业项目的股权投资基金或投资平台均须经监管机关核准，这实际与《境外投资管理办法》和《境外投资项目核准和备案管理办法》现行规定的核准制范围相冲突。国家发改委就《指导意见》答记者问时表示，其后续会尽快对《境外投资项目核准和备案管理办法》进行相应修改，以使其与《指导意见》规定内容相一致。那估计商务部也会很快对《境外投资管理办法》作出类似修

改。根据规定，如采取核准制，则应经国家发改委、商务部甚至国务院进行审批，其审批难度将会大大增加。因此，虽然上述领域归入限制类，但由于需要获得核准通过，且上述领域的投资与国家产业政策相驳，基本上属于禁止类项目了。

（三）列入禁止类的5大行业是境外投资的“红线”

《指导意见》将如下5类危害或可能危害国家利益和国家安全等的境外投资列入境内企业不得投资的“红线”：

1. 涉及未经国家批准的军事工业核心技术和产品输出的境外投资；
2. 运用我国禁止出口的技术、工艺、产品的境外投资；
3. 赌博业、色情业等境外投资；
4. 我国缔结或参加的国际条约规定禁止的境外投资；
5. 其他危害或可能危害国家利益和国家安全的境外投资。

将互利共赢作为境外投资的基本原则

互利共赢是贯穿《指导意见》始终的一项重要原则。首先，在基本原则部分，《指导意见》要求引导企业充分考虑投资目的国国情和实际需求，注重与当地政府和企业合作，创造良好的经济社会效益，促进互惠互利、合作共赢。在限制开展的境外投资部分中，《指导意见》将与互利共赢战略不符作为判断是否列入限制领域的重要标准，并将使用不符合投资目的国技术标准要求的落后生产设备开展境外投资与不符合投资目的国环保、能耗、安全标准的境外

投资归入限制类投资。从法规层面将互利共赢作为基本原则的情况很少见，笔者相信在监管机关办理境内企业备案或核准过程中，亦会将互利共赢作为一项重要的基本原则。这充分体现了国家在引领企业进行境外投资过程中，不仅仅只考虑到企业本身的商业目的、盈利与否，而且还应考虑该项投资是否能与投资目的国实现互利共赢，其最终目的是树立中国企业负责任、诚信的良好形象，改善部分外国人对中国企业存在偏见的看法，树立我国和平发展外交大国的形象。

发展中介服务机构，为境内企业境外投资保驾护航

《指导意见》保障措施部分提出，支持境内资产评估、法律服务、会计服务、税务服务、投资顾问、设计咨询、风险评估、认证、仲裁等相关中介机构发展，为企业境外投资提供市场化、社会化、国际化的商业咨询服务，降低企业境外投资经营风险。将发展中介服务机构作为一项重要的保障措施，是对我国很多企业境外投资失败教训进行深刻总结的基础上得出的重要经验。据统计，我国企业境外投资中70%以上的投资都是失败或亏损的，其中重要原因之一就是中国过去缺乏专业、强大的中介机构团队，以及我国企业对中介机构专业服务的不重视造成的。很多企业走出去之前，未对目的公司或资产进行充分的商业上的可行性论证和全面的法律、财税、人力资源、公关等方面的尽职调查，甚至连律师都可能没有聘请，或在签署交易协议前让律师匆忙审查一下交易文件便签署了。由于上述种种不规范的操作方式，使走出去

过程中的诸多环节都留下了重大风险隐患，一旦任何一项潜在重大风险变为现实风险，境内企业均可能因此遭受重大损失，甚至是血本无归。因此，《指导意见》提出，引导企业建立健全境外合规经营风险审查、管控和决策体系，深入了解境外投资合作政策法规和国际惯例，遵守当地法律法规，合法经营，并充分发挥律师、会计师、投资顾问等中介机构的外部智囊力量，从而为境内企业的境外投资保驾护航。

《指导意见》对境外投资的影响

《指导意见》的出台无疑对今后

境内企业的境外投资活动产生重大影响，具体包括如下几方面：

1. 监管机关对企业境外投资的监管会沿着“鼓励发展+负面清单”模式发展，监管机关会基于国家经济发展所处的不同阶段而对鼓励类、限制类与禁止类的内容进行相应调整，该种监管方式思路更清晰、更科学、更规范。

2. 境内企业应根据《指导意见》调整境外投资方向，加强鼓励类的境外投资，谨慎开展限制类境外投资，不得跨越境外投资禁止类“红线”。

3. 中介机构在境外投资过程中将发挥更为重要的作用。为了提升境内企业境外投资的成功率和防范风险，

依靠中介机构的专业服务是实现上述目的的最有效途径。经过多年的积累和发展，国内已经有一批律所、会计师事务所、投行等中介机构成长起来了，他们不仅熟悉国际惯例、国际规则，而且熟悉境内外企业的经营和管理方式以及思维方式，从而对促进交易的成功和境内企业商业目的的实现发挥着越来越重要的作用。

4. 境内企业在走出过程中应承担起更多的社会责任。除了严格遵守投资目的国法律法规，诚信、合规经营外，还应树立良好的中国企业形象，并与中国提倡的互利共赢开发战略、和平外交方针的大国形象相一致，这样才能在境外得到长远发展。

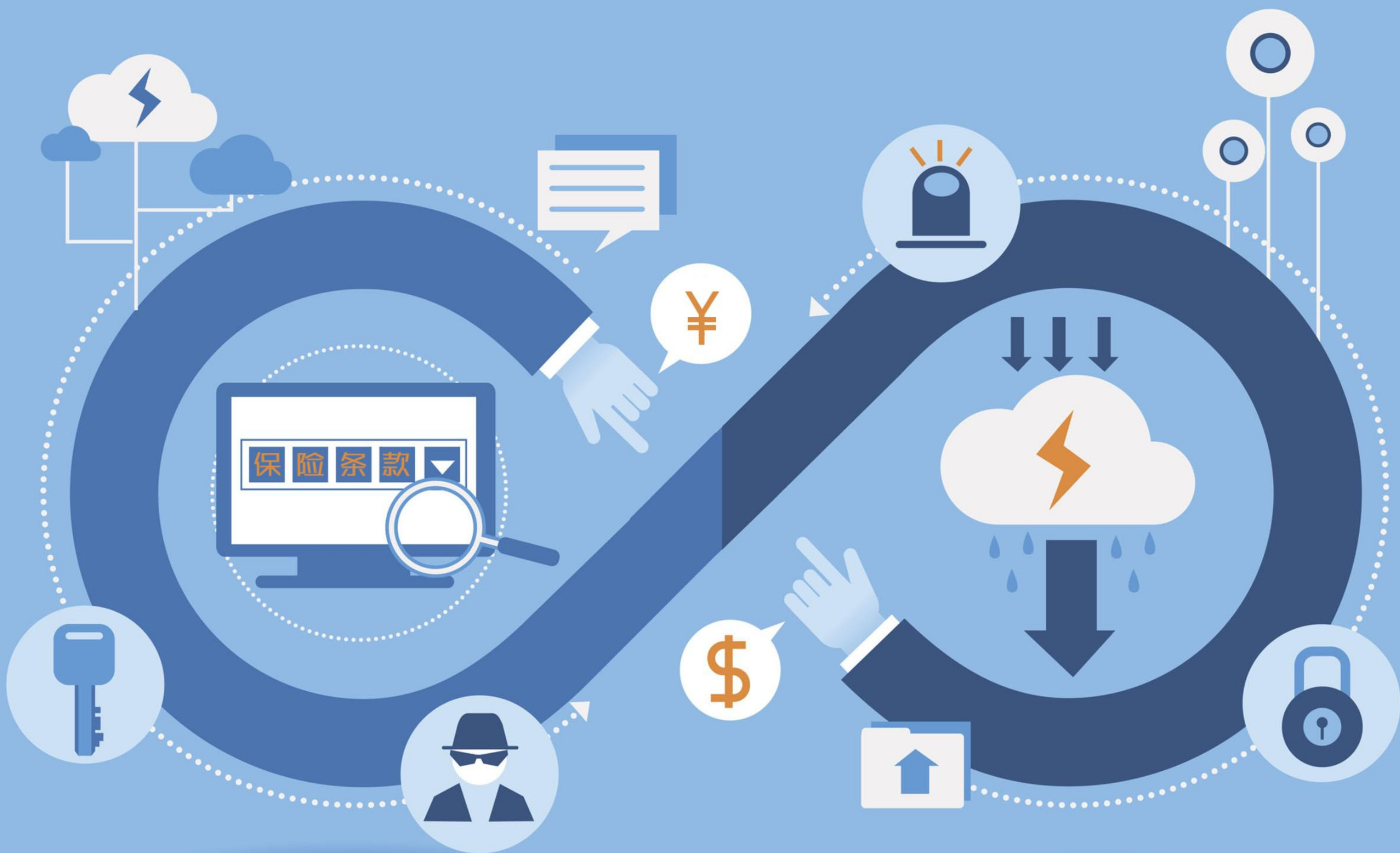
5. 对于合法、合规的境外投资项目，仍将受到监管机关的支持。过去那种非理性、盲目、贸然的投资行为已经不可取，我国企业的境外投资将会沿着更加规范、健康的方向发展。

正如国家主席习近平在达沃斯论坛开幕式上演讲时所说，“融入世界经济是历史大方向，中国经济要发展，就要敢于到世界市场的汪洋大海中去游泳，如果永远不敢到大海中去经风雨、见世面，总有一天会在大海中溺水而亡。所以，中国勇敢迈向了世界市场。在这个过程中，我们呛过水，遇到过漩涡，遇到过风浪，但我们在游泳中学会了游泳。这是正确的战略抉择”。因此，中国企业走出去融入世界的大方向不会变，因为这符合人类社会发展的趋势。相信在国家法律法规和政策的引导与监管下，会有越来越多的中国企业世界竞技场的较量中学会了游泳，而且部分企业肯定会成为游泳高手。



本案保险公司是否履行了明确说明义务？

◎ 文 / 宋涛 / 重庆办公室



序幕

樱桃小丸子：听说在保险合同中，如实告知是投保人的重要合同义务？

小编：是的。

樱桃小丸子：什么是保险合同的如实告知义务？

小编：《中华人民共和国保险法》（1995年6月30日第八届全国人民代表大会常务委会员第十四次会议通过 根据2002年10月28日第九届全国人民代表大会常务委会员第三十次会议《关于修改〈中华人民共和国保险法〉的决定》修正 2009年2月28日第十一届全国人民代表大会常务委会员第七次会议修订）第十六条 订立保险合同，保险人就保险标的或者被保险人的有关情况提出询问的，投保人应当如实告知。

投保人故意或者因重大过失未履行前款规定的如实告知义务，足以影响保险人决定是否同意承保或者提高保险费率的，保险人有权解除合同。

前款规定的合同解除权，自保险人知道有解除事由之日起，超过三十日不行使而消灭。自合同成立之日起超过二年的，保险人不得解除合同；发生保险事故的，保险人应当承担赔偿或者给付保险金的责任。

投保人故意不履行如实告知义务的，保险人对于合同解除前发生的保险事故，不承担赔偿或者给付保险金的责任，并不退还保险费。

投保人因重大过失未履行如实告知义务，对保险事故的发生有严重影响的，保险人对于合同解除前发生的保险事故，不承担赔偿或者给付保险金的责任，但应当退还保险费。

保险人在合同订立时已经知道投保人

未如实告知的情况的，保险人不得解除合同；发生保险事故的，保险人应当承担赔偿或者给付保险金的责任。

保险事故是指保险合同约定的保险责任范围内的事故。

樱桃小丸子：听说在保险合同中，明确说明是保险人的重要合同义务？

小编：非常重要。

樱桃小丸子：什么是保险合同的明确说明义务？

小编：《中华人民共和国保险法》第十七条 订立保险合同，采用保险人提供的格式条款的，保险人向投保人提供的投保单应当附格式条款，保险人应当向投保人说明合同的内容。

对保险合同中免除保险人责任的条款，保险人在订立合同时应当在投保单、保险单或者其他保险凭证上作出足以引起投保人注意的提示，并对该条款的内容以书面或者口头形式向投保人作出明确说明；未作提示或者明确说明的，该条款不产生效力。

樱桃小丸子：您办理过上述保险合同纠纷案吗？

小编：是的。

第一幕

樱桃小丸子：能具体说一下吗？

小编：2003年12月25日，A物流公司向B保险公司投保公众责任险，B保险公司同意承保，并给A物流公司签发了一份公众责任保险单。保险期限自2004年1月1日中午12时整起至2005年1月1日中午12时整止，保险责任限额为每次事故为50万元，在本保险



宋涛 | 合伙人

专业领域：房地产、劳动争议、公司

手机：+86 139 8383 1899

邮箱：jerold@zhhlaw.com

期内金额为1000万元。同日，A物流公司按约支付了保险费。

樱桃小丸子：公众责任保险是一种什么样的保险？

小编：公众责任保险（Public Liability Insurance），又称普通责任保险或综合责任保险，它以被保险人的公众责任为承保对象，是责任保险中独立的、适用范围最为广泛的保险类别。

所谓公众责任，是指致害人在公众活动场所的过错行为致使他人的人身或财产遭受损害，依法应由致害人承担的对受害人的经济赔偿责任。公众责任的构成，以在法律上负有经济赔偿责任为前提，其法律依据是各国的民法及各种有关的单行法规制度。此外，在一些并非公众活动的场所，如果公众在该场所受到了应当由致害人负责的损害，亦可以归属于公众责任。因此，各种公共设施场所、工厂、办公楼、学校、医院、商店、展览馆、动物园、宾馆、影剧院、运动场所，以及工程建设工地等，均存在着公众责任事故风险。这些场所的所有者、经营管理者等均需要通过投保公众责任保险来转嫁其责任。

樱桃小丸子：能介绍一下公众责任保险的责任范围吗？

小编：公众责任保险的保险责任，包括被保险人在保险期内、在保险地点发生的依法应承担的经济赔偿责任和有关的法律诉讼费用等。

公众责任保险的除外责任则包括：



①被保险人故意行为引起的损害事故；

②战争、内战、叛乱、暴动、骚乱、罢工或封闭工厂引起的任何损害事故；

③人力不可抗拒的原因引起的损害事故；

④核事故引起的损害事故；

⑤有缺陷的卫生装置及除一般食物中毒以外的任何中毒；

⑥由于震动、移动或减弱支撑引起的任何土地、财产或房屋的损坏责任；

⑦被保险人的雇员或正在为被保

险人服务的任何人所受到的伤害或其财产损失，他们通常在其他保险单下获得保险；

⑧各种运输工具的第三者或公众责任事故，由专门的第三者责任保险或其他责任保险险种承保；

⑨公众责任保险单上列明的其他除外责任等。

樱桃小丸子：听说后来双方发生了纠纷？

小编：是的。2004年8月18日，重庆市XX钢管有限公司委托重庆市XX运输有限公司运送钢管至A物流公

司管理的钢材市场，在A物流公司组织卸钢管的过程中，司机郭XX被钢管砸伤。郭XX医疗终结后，于2005年8月16日向重庆市九龙坡区人民法院提起民事诉讼，要求A物流公司赔偿各种损失445018元，后经法院调解结案后支付了赔偿款。

樱桃小丸子：B保险公司理赔了吗？

小编：郭XX被钢管砸伤后，A物流公司立即告知了B保险公司。A物流公司履行了对郭XX的赔偿责任后，向B保险公司索赔未果。为此，A物流公司向重庆市渝中区法院提起诉讼。

第二幕

樱桃小丸子：B保险公司拒赔的理由是什么？

小编：在提起诉讼之前，B保险公司对于A物流公司索赔请求一直没有给予明确答复。

在本案一审中，被告B保险公司辩称，B保险公司与A物流公司订立的保险合同条款对双方均有约束力，B保险公司对保险合同列明的属于除外责任事故不承担保险赔偿责任。而本案事故发生的直接原因是由于被保险人的重大过失行为所致，明显属于该保险合同所列除外责任事项，且对被保险人服务的任何人所遭受的伤害的责任也属于除外责任事项。因此，B保险公司承担本案事故赔偿责任不符合合同的约定，请求驳回A物流公司的诉讼请求。

樱桃小丸子：本案一审法院是怎

么处理的？

小编：一审法院认为，A物流公司与B保险公司所签订的保险合同，系双方真实意思表示，依法成立，应属有效，双方当事人应全面履行合同约定的义务。A物流公司按照合同的约定向B保险公司交纳了保险费，履行了自己的义务。因此，在保险期间内，郭XX在被保险人A物流公司的营业场所被钢管砸伤，被保险人A物流公司根据法院作出的《民事调解书》履行了对郭XX的赔付义务，A物流公司有权要求B保险公司按照保险合同的约定对其损失予以全额赔偿。

关于B保险公司辩称，本案事故属保险合同所列除外责任事项，故其不应承担保险赔偿责任。由于B保险公司没有就保险合同中有保险人免除责任条款对投保人尽到明确说明的义务，故免责条款不产生效力，B保险公司的抗辩不能成立。理由如下：B保险公司向A物流公司签发的公众责任险保险单上虽有“B保险股份有限公司按照背面所载条款的规定，在本保险单保险期内，承保下列公众责任险，特立本保险单”的文字说明，但该保险单的背面却为空白，并没有载上保险条款。因此，B保险公司提供的汽摩中心的投保单上虽然有“投保人声明上述所填内容属实，同意以本投保单作为订立保险合同的依据，对B保险公司告知的公众责任险条款、特别约定及附加险条款的内容和说明已经了解”的文字说明，但该段文字也是格式合同的一部分，并不足以证明B保险公司确已就公众责任险条款向投保人进行了明确的说明，且

该段文字只是载明投保人对B保险公司告知的公众责任险条款、特别约定及附加险条款的内容和说明已经了解，并未载明投保人已将了解了免责条款的内容和说明，故该段文字不能证明B保险公司已就保险合同中的免责条款向投保人进行了明确的说明。何况B保险公司提供的是汽摩中心的投保单，不能证明A物流公司已对保险条款进行了了解，更不能证明B保险公司已就保险合同中的免责条款对A物流公司进行了明确说明，B保险公司也没有提供其他的证据证明其就保险人免除责任条款对A物流公司进行了明确说明，故B保险公司不能免除对A物流公司的保险赔付责任。

第三幕

樱桃小丸子：听说B保险公司提起了上诉？

小编：是的。

樱桃小丸子：B保险公司上诉的理由是什么？

小编：B保险公司不服一审判决，向重庆市第五中级法院提起上诉称：1.本案的投保人是重庆汽摩配件整车交易中心，而非A物流公司，因为保险合同是由投保单、保险单、保险条款等组成，本案投保单是与汽摩中心签订，因此汽摩中心是投保人，A物流公司是被保险人。2.保险合同的交付不是本案保险合同成立的必要条件。3.对于《公众责任险条款》，B保险公司对本案的投保人汽摩中心已经履行了明确的说明义务。4.B保

险公司与投保人签订的《公众责任险条款》，明确约定了除外责任范围。

5. 本案事故是A物流公司的重大过失所致，同时也造成为A物流公司服务的人受到伤害。根据《公众责任险》的约定，B保险公司不应承担保险责任。

樱桃小丸子：A物流公司是怎么答辩的？

小编：A物流公司答辩：1. 九龙坡区火炬大道9号属于自己经营管理的钢材市场，向B保险公司投保了公众责任险，并签订了《公众责任险保险单》，该合同对双方均有约束力。2. B保险公司上诉称：“重庆汽摩配件整车交易中心将保险费的债务转由A物流公司承担”没有任何事实依据。3. B保险公司上诉称：“对于《公众责任险保险条款》，B保险公司对本案的投保人交易中心已经履行了明确说明的义务”不能成立。4. 公众责任保险条款中的不发生法律效力，B保险公司不能以免责条款作为免除其责任的抗辩。5. 从司法实践和诚实信用原则看，B保险公司的上诉理由不成立。

樱桃小丸子：本案二审法院是怎么处理的？

小编：关于本案保险合同的投保人是否是A物流公司，保险合同的交付是否是保险合同成立的必要条件。二审法院认为，根据保险法第十条规定：“投保人是与保险人订立保险合同，并按照保险合同负有支付保险费义务的人”，该法律条文的规定不

难看出，投保人应具备两个条件：一是要订立保险合同，二是要支付保险费。本案中的B保险公司向A物流公司出具了《公众责任险保险单（正本）》，并且A物流公司按约交纳了保险费，故该事实特征符合法律所规定的投保人的条件，同时B保险公司在原审答辩中，认可其双方的保险合同关系。保险合同的交付固然不是合同成立的必要条件，但对出具保险格式合同的保险公司而言，只要投保人接受该格式合同的内容，并向其支付保险费，就认为保险合同已订立。因此，本案保险合同的投保人是A物流公司，B保险公司的上诉理由不成立，予以驳回。

关于保险合同的免责条款，B保险公司是否已经履行了明确的说明义务，对保险事故的发生是否是A物流公司的重大过失所致。二审法院认为，B保险公司在签发的保险单背面为空白，并未有保险条款。同时，在B保险公司提供的保单上虽有：对B保险公司告知的公众责任险条款、特别约定及附加险条款的内容和说明已经了解的文字说明，但没有明确对“免责条款”已经尽了确实的告知义务。因此，B保险公司该上诉理由不成立。同时，其认为保险事故的发生是A物流公司的重大过失所致理由，缺乏事实依据，理由不成立，予以驳回。

第四幕

樱桃小丸子：保险公司应如何履

行明确告知义务，目前法院对此有相关规定吗？

小编：最高人民法院关于适用《中华人民共和国保险法》若干问题的解释（二）（2013年5月6日最高人民法院审判委员会第1577次会议通过）第十一条保险合同订立时，保险人在投保单或者保险单等其他保险凭证上，对保险合同中免除保险人责任的条款，以足以引起投保人注意的文字、字体、符号或者其他明显标志作出提示的，人民法院应当认定其履行了保险法第十七条第二款规定的提示义务。

第十二条 通过网络、电话等方式订立的保险合同，保险人以网页、音频、视频等形式对免除保险人责任条款予以提示和明确说明的，人民法院可以认定其履行了提示和明确说明义务。

第十三条 保险人对其履行了明确说明义务负举证责任。

投保人对保险人履行了符合本解释第十一条第二款要求的明确说明义务在相关文书上签字、盖章或者以其他形式予以确认的，应当认定保险人履行了该项义务。但另有证据证明保险人未履行明确说明义务的除外。

保险人对保险合同中有有关免除保险人责任条款的概念、内容及其法律后果以书面或者口头形式向投保人作出常人能够理解的解释说明的，人民法院应当认定保险人履行了保险法第十七条第二款规定的明确说明义务。

浅析离婚协议财产分割

——从《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》第八条、第九条说起

我们常常把离婚形容为一场战争，但战争的结果不一定是明显分出胜负，或者两败俱伤。“战争”以双方签订“停战协议”作为结束，对离婚的双方而言，不失为利益最大化的选择。而怎样以协议的形式离婚（包括到婚姻登记部门办理离婚手续，在人民法院的主持下达成调解协议），才能规避相关法律风险？以下几个方面值得我们注意。

◎ 文 / 钟冬蕾 / 重庆办公室





钟冬蕾 | 顾问律师

专业领域：金融、房地产、传统
民商事

手机：+86 137 5286 8389
邮箱：edie@zhhlaw.com

离婚协议中关于财产约定，注重合法性与灵活性相统一

（一）司法解释明确肯定了离婚协议中财产分割条款的多样性

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》第八条（以下简称婚姻法司法解释二第八条）规定：离婚协议中关于财产分割的条款或者当事人因离婚就财产分割达成的协议，对男女双方具有法律约束力。根据该条款，离婚协议的形式具有多样性，无论是单独就财产分割形成协议，还是协议内容不但包括财产分割还包括子女抚养、债权债务承担等，财产分割部分内容均合法有效，对男女双方具有法律约束力。并且该条款未排除电子邮件、微信QQ聊天记录等非要式约定的法律效力，如有相关证据证明双方曾以其他形式对财产分割有约定，亦可认定其合法有效。

（二）离婚协议中涉及的财产不限于夫妻共同财产

1. 离婚协议中可以处分夫妻一方的个人财产

在离婚协议中，一方为达到弥补对方抑或尽快离婚等目的，可能会对财产分割做出让步。这种让步不仅包括将法定应平均分割的共同财产约定全部归对方所有，甚至还可以约定自己一方所有的财产归对方所有。这种财产处理方式，实为一方对另一方的赠与而非离婚分割共同财产，属另一法律关系，在离婚纠纷诉讼中不能得到法院的支持。但这并不意味着此财产处理方式无法实现，只要该财产处分人对财产拥有完全合法的所有权，在婚姻登记部门办理离婚手续时可以在离婚协议中约定自己一方所有的财产

归对方所有，该协议内容不违反法律规定。

2. 离婚协议中可以约定将夫妻共同财产赠与子女

如男女双方育有子女，为了子女健康成长的需要或者其他考虑（如双方均对财产分割不做让步），有人会选择约定全部或部分夫妻共同财产归子女所有。实践中，这种对夫妻共同财产的特殊分割方式可以得到法院确认，形成生效裁判文书，但仅限于达成调解协议的情形，不能在判决中得到支持。男女双方也可以选择到婚姻登记部门办理离婚手续，将该约定写进离婚协议。只要该财产所有权归男女双方所有，不存在任何争议，该约定合法有效。

（三）财产过户手续办理时间的把握

协议离婚的双方名为和解，实则对对方仍保持较高的警惕，因此协议内容的严谨性至关重要。从需要对方配合办理过户手续至自己名下的一方而言，究竟是应先办理好过户手续再办理离婚手续，还是办理了离婚手续后再办理过户手续更好？从尽快取得财产的角度讲，先过户后离婚，似乎更能维护自身权益，并且夫妻之间办理财产过户，以不动产为例，无须上税，只需交纳工本费。然而“细思极恐”：如果在办理过户之后，对方久久不配合办理离婚手续，那么已过户至另一方名下的财产，这时仍是夫妻共同财产，因为夫妻关系并未解除！鉴于此，不诚信的一方可以要求重新分割已过户的财产，或者实行拖延战术维持财产共有的现状。因此，如何在协议中确定财产过户时间，对于离婚财产的取得具有重要意义。



离婚协议中关于财产分割撤销权的行使

（一）撤销权的行使仅限于财产，且须符合法定情形

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（二）》第九条（以下简称婚姻法司法解释二第九条）规定：男女双方协议离婚后一年内就财产分割问题反悔，请求变更或者撤销财产分割协议的，人民法院可以受理。人民法院审理后，未发现订立财产分割协议时存

在欺诈、胁迫等情形的，应当依法驳回当事人的诉讼请求。也就是说上述规定对撤销变更离婚协议作了以下限制：（1）撤销权的行使仅限于财产分割协议。如涉及人身关系如子女抚养关系变更的，需提起变更子女抚养关系诉讼。（2）撤销权的行使须在协议离婚后一年之内行使。该期间为除斥期间非诉讼时效，一年之后实体权利消灭。（3）撤销权行使的理由仅限于欺诈、胁迫。

如男女一方认为自己系在重大误解、乘人之危等情形下与对方签订离

婚协议，是否可依据本条款行使撤销权，在本条款中未涉及。笔者认为，根据《中华人民共和国合同法》（以下简称合同法）第二条之规定，婚姻、收养、监护等有关身份关系的协议，适用其他法律的规定。故离婚协议并非合同法意义上的合同或协议，不能当然适用合同法规定。此外，离婚协议内容的合理性固然重要，但也需要考虑离婚协议签订时双方自身实际情况，不能简单地用旁人眼光及法律视角分析其合理性。因此，须对撤销权行使的法定理由作限制性解释。

（二）离婚协议中约定赠予给对方的财产能否任意撤销

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国婚姻法〉若干问题的解释（三）》第六条规定：“婚前或者婚姻关系存续期间，当事人约定将一方所有的房产赠与另一方，赠与方在赠与房产变更登记之前撤销赠与，另一方请求判令继续履行的，人民法院可以按照合同法第一百八十六条的规定处理。”也就是说，除了经过公证的赠与合同，或者具有救灾、扶贫等社会公益、道德义务性质的赠与合同不可撤销，一般的赠与合同在标的物权利转移之前是可以撤销的。

但是请注意，上述规定的适用是有条件的，即：婚前或者婚姻关系存续期间。该条款规定并不适用于离婚协议中的赠与。婚前或者婚姻存续期间这种单纯的赠与行为与离婚协议时的赠与行为性质并不相同。这类赠与合同之所以可以任意撤销，原因在于其无偿性。而在婚姻登记部门登记离婚时达成的财产分割协议所涉及的赠与条款，与解除婚姻关系密不可分，与整个离婚行为、整个离婚协议密不可分。有的离婚协议是夫妻双方对婚姻关系的解除、财产分割、子女抚育以及债务承担等涉及人身财产事项协商一致协议，是以对方抚养子女、负责偿还债务、对财产分割做出让步等其他约定为前提，并带有感情因素，并不等同于一般意义上的赠与合同，可以理解为是附条件的赠与。不因赠与财产的权利尚未转移，赠与人就当然有权撤销赠与，因此对离婚协议的审查不能简单适用合同法等价有偿的原则，而应着重从是否有违当事人真意、是否侵害子女和女方利益等角度进行考量。

根据婚姻法司法解释二第八条规定，离婚协议中关于财产分割的条款或者当事人因离婚就财产分割达成的协议，对男女双方具有法律约束力。因此，该赠与行为是被推定合法有效的，如欲反悔，须行使撤销权。而婚姻法司法解释二第九条规定，男女双方协议离婚后一年内就财产分割问题

反悔，请求变更或者撤销财产分割协议的，人民法院可以受理。人民法院审理后，未发现订立财产分割协议时存在欺诈、胁迫等情形的，应当依法驳回当事人的诉讼请求。因此，如欲对离婚协议中财产赠与反悔，不能任意撤销，只能基于欺诈、胁迫等理由行使法定撤销权。



（三）离婚协议中约定赠与给子女的财产是否适用撤销权

同上，离婚时男女双方达成的将房产赠与子女的协议，与解除婚姻关系密不可分，在双方当事人已经协议离婚的情况下，一方反悔请求撤销赠与条款的，人民法院经审查没有欺诈、胁迫的情形的，应当判决驳回一

方的诉讼请求。并且如子女为未成年人，从保护未成年人权益的角度看，更不能任意撤销，只能视有无欺诈、胁迫等情形，根据婚姻法司法解释二第九条行使法定撤销权。

此外，由于赠与合同系赠与人把自己的财产无偿地送给受赠人，受

赠人同意接受的合同，除被赠与人不能表达自己意思的无民事行为能力人，其他被赠与人须有接受赠与的意思表示，如在离婚协议上签字认可、有人民法院另行对被赠与人作是否接受赠与的询问笔录等，否则赠与合同不成立。

离婚协议财产分割部分的履行

（一）到婚姻登记部门办理离婚手续，如一方不履行，再以诉讼方式要求履行离婚协议财产分割部分

如双方欲达成的离婚协议财产分割部分涉及个人财产的赠与，则不能通过起诉离婚的方式达到该目的，须到婚姻登记部门办理离婚手续，在离婚协议中对赠与财产事宜进行约定。如在办理离婚后一方拒不履行的，可根据离婚协议向人民法院起诉确认其效力；如在取得生效裁判文书后一方仍未履行的，可以向人民法院申请对生效裁判文书强制执行。

（二）先起诉后调解，可直接对调解书申请强制执行

如双方欲达成的离婚协议财产分割部分不涉及个人财产的赠与，仅涉及夫妻共同财产分割，则建议向人民法院起诉，然后在人民法院的主持下达成调解协议。人民法院根据该调解协议制作的调解书，具有强制执行力。如在取得生效裁判文书后一方仍未履行的，可直接向人民法院申请对生效裁判文书强制执行，少去再次起诉的繁琐环节。





马涛 | 律师

专业领域：企业破产

手机：+86 136 6806 9139

邮箱：candy@zhhlaw.com

【摘要】近年来，越来越多的房地产企业因为资金链断裂问题陷入资不抵债的破产困境。笔者在作为破产案件管理人的过程中，发现有债务人与同一债权人签订几份甚至几十份《商品房买卖合同》这一现象。在探寻此类怪象过程中得知，房地产企业在向民间融资时，常常与借款人达成一种合意，即在债务人无法偿还债务时，便履行商品房买卖合同以了结双方的借贷关系。在房地产破产案件中，法律设定了对购房人的特别保护。本文否定了买卖型担保属于抵押、流质、通谋的虚伪表示，从代物清偿预约的角度探寻此行为的实质。最终落脚于买卖型担保合同中的买受人不应当归属于破产程序中的购房人。

【关键词】 买卖型担保、抵押权、代物清偿预约、购房人、优先权

以商品房买卖形式为借款作“担保”行为模式研究

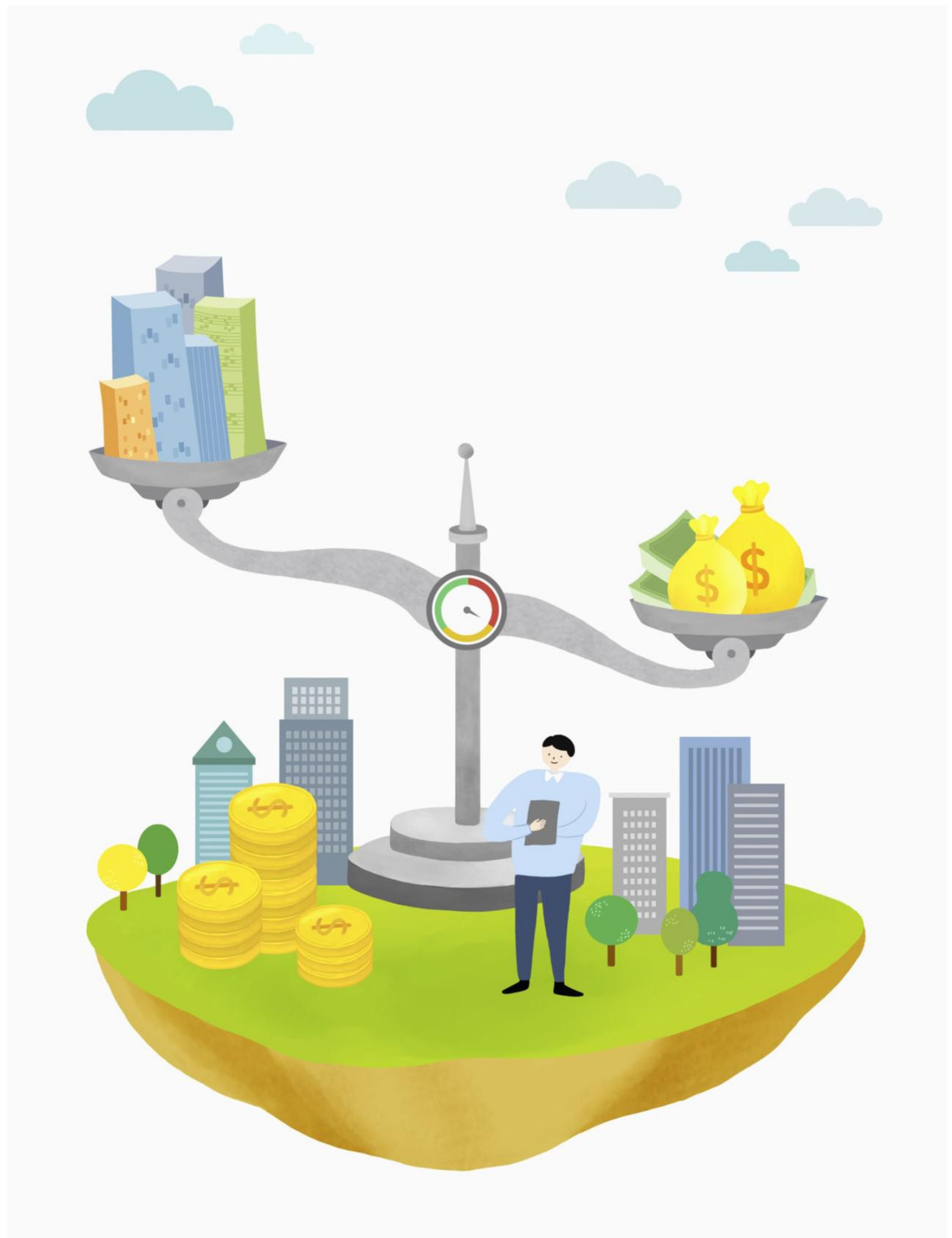
——兼破产案件中购房人的身份认定

◎ 文 / 马涛 / 重庆办公室



四种主张的提出

众所周知，房地产行业资金需求巨大，往往需要借助外部融资手段以解决自有资金不足问题。在近年国家政策收紧、银行贷款难以取得的情形下，企业大量开展民间融资。债权人为了保障资金收回，往往会采取签订商品房买卖合同以作为借款合同“担保”的行为模式，约定“如债务人不能按期归还贷款本息，则借款自动转为商品房买卖合同中的房款，房屋自动销售给债权人，借款合同不再履行”，此时的买卖合同中的商品房尚处于未建状态。在房屋完工后标的物上未设有其他权利限制或企业未进入破产程序时，此种商品房买卖合同确实在一定程度上起到了“担保”的作用，债权人可以依约定要求债务人履行合同。但跳出上述特定的情形，买卖合同能否为借款合同提供“担保”，发挥保障借款清偿的功能却有待商榷。学术界和实务界关于以商品房买卖合同作为“担保”的争论主要有四类：一是认定此种“担保”是一种演变中的习惯法担保物权，即应当适用习惯法物权有限承认说；二是认为买卖合同设定了抵押权；三是认为买卖合同内容因违反流质条款而无效，不产生创设权利义务的效果；四是认为以借款为目的签订房屋买卖合同，其房屋买卖合同是通谋的虚伪表示属于无效。正确界定该行为的真实性质，一方面利于对该行为的规整；另一方面，目前大量的房地产企业面临资金链断裂处于资不抵债破产的边缘，购房人问题频现。该行为性质的明晰化，是破产案件中购房人身份认定及其相关权益保护的前提。



物权基本特征、原则和法学原理否定了这四种主张

（一）商品房买卖合同设立的“担保”不是正在形成的习惯法担保物权

诚如买卖型“担保”合同产生的目的所希望的，它的确为借款的清偿起到了相对的“担保作用”。但此处的“担保作用”是否意味着商品房买卖合同设定的“担保”就是法律上承认的担保？执肯定意见的观点认为，习惯法虽不是成文法，但因人们接受

且遵守的习惯衍生出的物权如果能够以某种恰当方式公示，并且不会因此扰乱物权法统一性，则可认可此种习惯法物权。将习惯法物权进一步细化，便出现了正在形成的习惯法担保物权。有人认为习惯法物权是“物权法定的缓和”。这种非正式的物权在实际运用中确实更善于变通。但本文所探讨的商品房买卖合同设立的“担保”不是正在形成的习惯法担保物权，理由如下：

第一，商品房买卖合同提供的

“担保”不满足习惯法物权的构成要件，特别是在公示这一要件上。在有意欲提供担保的“担保物”——商品房尚未建成的情形下，一纸仅在当事人之间签订的买卖合同本身就具有相当的私密性，无论其形式外观还是实质内容都难以为第三方知晓，何以产生公示的效果？“不存在有某种方式，使人们知道该种物权各种标准内容，于是就无法对这种权力提供应有的物权尊重。”

第二，物权由非正式制度演变为正式制度，有赖于立法程序得以实现。运用习惯法物权进行调整的目的是为了解决部分在法定物权中无法准确框用的问题，其适用具有临时性和补充性。创设一种新的物权，需持严肃、保守之态度，只有在旧的物权体系下穷尽所有可能性都无法进行调整的情况下，才能谨慎地称之为“物权法之缓和”。该行为是由多种法律行为组合而成，并不属于习惯法物权。

（二）商品房买卖合同没有设立抵押权

虽然商品房买卖合同对借款合同在事实上起到一定的担保作用，但笔者认为这并不是抵押权，理由有二：

第一，对借款合同发生“担保”作用的是债权。有学者认为商品房买卖合同设置的担保是物权担保，是商品房对借款合同起到担保作用，路径为：行使买卖合同债权—交付买卖标的物即房屋—房屋价值抵偿债务—消



灭借贷债务一房屋。此外，也提出未来物同样可以设立抵押的观点，即在商品房尚未建成的情况下，仍然可以在上面设立抵押权。但笔者认为，在仅签订商品房买卖合同情形下，债权人是合同上房屋的买受人，其取得商品房将来所有权的期待，该期待能否实现取决于借款人履行借款合同的还款义务的情况。当债务人未履行还款义务，债权人只能通过行使买卖合同的请求权要求债务人交付房屋，此种权利不具备支配房屋的属性。

第二，该“担保行为”难以发挥抵押的功能。首先，可以设定抵押权的客体为动产或者不动产，以债权设立抵押尚未囊括在《物权法》范围内。其次，在借款合同不能履行时，债权人享有要求债务人履行买卖合同的请求权，但其法律地位尚不能达到阻却债务人对房屋进行处分的程度。当债务人拟对房屋进行出售或设立担保时，因该“担保行为”未经公示程序，一方面第三人难以知晓借贷双方房屋上的约定，通常具有主观上的善意；另一方面债权人的权利效果难达到像抵押权一样的程度以对抗第三人，其仅能要求债务人承担违约责任。从此角度考量，此类合同中所谓的“担保”并未发挥担保功能，债权人仅为普通债权人。

（三）商品房买卖合同不属于违反流质条款的无效合同

我国《物权法》186条、221条、《担保法》40条、66条均禁止以在被担保债权履行期届满之前，约定担保物的所有权在债务不履行时直接转移给债权人。禁止流质条款目的在于禁止暴利行为，维护债务人利益，避免其在借款行为中因弱势地位或高估偿

债能力而丧失物的所有权的风险。

笔者认为该合同不是违反流质条款的无效合同。

第一，流质条款对债务人的保护是将债务人假定在一种将来的不利情形中。一方面债权在将来是否得以清偿处于未知状态，流质条款实施的前提条件尚不具备；另一方面，担保物的价值是否一定大于债务，债务人利益是否必然遭受损害，不能确定。

第二，流质条款的约定是当事人之间的意思自治，是理性的市场主体对风险进行评估后的理性选择，法律带着先天性父爱般的关怀强行介入，阻却债务人的抵债行为，在一定程度上有违自由与平等原则。

第三，也是最重要的一点，流质条款存在于担保合同中，如上所述商品房买卖合同并未设定抵押权，本质上不属于担保合同，不符合流质条款的适用条件。

（四）商品房买卖合同不应因通谋的虚伪表示而成无效合同

有观点认为，在买卖型担保关系中，债务人没有将商品房卖给债权人的意思，当事人的真意为借贷，房屋买卖外表下掩盖的是以物抵债的实质，是通谋的虚伪表示。笔者认为，应以物权区分原则来分析商品房买卖这一“担保”行为。物权变动的原因为，即商品房买卖合同不是当事人的真实意思。物权变动的结果愿意，即债务人在不能如约还款时，则由债权人取得房屋所有权是真实的意思，即以转移标的物所有权以抵偿债务。通谋虚伪表示只是表面的买卖行为，目

的在于掩饰另一愿意实现的合同，如隐藏的真实行为符合有效要件，它就应该发生法律效力。若因虚伪表示完全否定当事人的真实意思，即既否定买卖的意思表示又否定以房屋抵债的意思表示，将买卖合同整体归于无效，一方面容易导致有悖诚实信用行为的产生，另一方面当债务人自愿将房屋交付债权人时，则该交付行为将失去依据。故不应将该合同认定为通谋的虚伪表示无效，债务人不能以买卖合同无效为由免除约定义务。

商品房买卖合同是代物清偿预约说之证成

上文论述已知，商品房买卖合同的表象因构成虚伪通谋无效，当事人隐藏在表象之下的真实意思为交付房屋以抵偿债务。此处的“以房抵债”以他种给付以替代原约定之给付，以产生旧债消灭的效果，与代物清偿最为相似，笔者认为此种商品房买卖合同为代物清偿预约合同。

（一）商品房买卖合同不是要物合同

关于代物清偿制度，我国法律并无规定，主流观点认为代物清偿属于要物合同，成立于替代给付之物交付之时，在交付之前，协议对当事人不成立，对当事人不具有拘束力。笔者对此并不赞同，若代物清偿的合意需在清偿物交付时方可达成，那在抵债协议已形成但尚未交付时，协议的性质如何？以要物性来框代物清偿的意义，实际上是非常有限的，因为要物合同以物的交付作为将来权利义务的起点，需以之后的行为来终结权利义务。对代物清偿而言，交付之后双方的权利义务消灭框交付既是意思表示的方式，也是债的履行。这样的循环

显然不能解释交付替代物的合意是在何时形成。

（二）该商品房买卖合同为代物清偿预约

代物清偿预约是指当事人约定，债务人不履行债务时，债权人或债务人得请求以特定标的物为代物清偿。代物清偿预约为诺成性合同，意思表示一致即成立。在本文讨论的商品房买卖合同中，具体为当债务人不履行还款义务时，预约合同（即商品房买卖合同）生效，债务人负有订立代物清偿本约义务，以房屋抵偿债务。

以借款合同履行期限为界，届满前代物清偿约定为代物清偿预约（即商品房买卖合同），届满后的代物清偿约定为代物清偿本约。期限届满之前的代物清偿预约的功能是提前为债务设定保障，在无法清偿债务时，督促债务人与债权人订立代物清偿本约。承认此种约定的效力，有利于保护债权人利益。期限届满后的代物清偿功能在于明确当事人之间的债权债务关系，学界主流观点认为在此阶段的代物清偿不属于流质条款。

破产案件中购房人身份的认定

（一）破产案件中购房人身份的特殊性

根据最高人民法院《关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》、重庆市高级人民法院关于对最高人民法院《关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》应如何理解的意见（渝高法[2003]48号）、杭州市余杭区法院《房地产企业破产审理操作规程（试行）》第三十六条均明确了消费性购房人在破产案件中请求交付房屋的优先权。

在破产清算的条件下，根据浙江省杭州市余杭区人民法院课题组发表的《涉房破产企业在建设工程续建的困境与解决方法的探索》以及杭州市余杭区法院《房地产企业破产审理操作规程（试行）》第六十九条及七十条更是明确规定工程价款优先受偿权既不得对抗买受人在房屋建成情况下的房屋交付请求权，也不得对抗买受人在房屋未建成情况下的购房款返还请求权。

在破产程序中，在破产案件中扩大保护消费性购房者房屋交付请求权与房屋交付请求权优先权已成为理论界与实务界的共识。在破产案件中甄别真正购房人，排除不满足购房人条件的投机者是债权人利益得以公平保护的前提。

（二）该商品房买卖合同中购房人身份的认定

通过上文对商品房买卖合同进行“担保”行为的分析，购房人身份认定的条件呼之欲出。

其一，购房人身份的认定需以具有购买商品房的意图，即意欲通过缴纳房款取得房屋所有权。以商品房买卖合同进行“担保”的借款人，并无购买商品房的本意，签订合同的目的仅是为借款的归还提供保障。

其二，购房人已与开发商签订了正式的商品房买卖合同，该合同成立且已生效，对双方具有约束力。购房人负有付清房款的义务，开发商具有交付房屋的义务。本文认为，以商品房买卖作为“担保”的合同属于代物清偿预约，意欲以房屋抵偿债务，不是真正的商品房买卖合同。

以商品房买卖合同进行“担保”行为中，一方面，买卖合同成立时间早于借款合同履行期限届满前，本身只是一种代物清偿的预约，买受人根本没有购买房屋的真意；另一方面，此种“担保”行为并不能为借款提供法律上的担保，不具有担保制度规定的优先性，效力不足以对抗第三人。名为商品房买卖，实为代物清偿预约的合同，买受人实质上为借款合同的借款人，其意欲为债权设定的“担保”并不具法律上的担保效力，相较于其他借款合同的债权人并无差别。如若将此类债权人认定为购房人，将该部分商品房剥离出破产财产，一方面会减少破产财产的范围，减损其他债权人的清偿比例；另一方面会造成法律适用的混乱，成为投机者利用购房人身份谋取不当利益的手段。因此，不宜以商品房买卖合同作为“担保”的买受人认定为真正意义上的购房人在破产程序中予以特别保护。

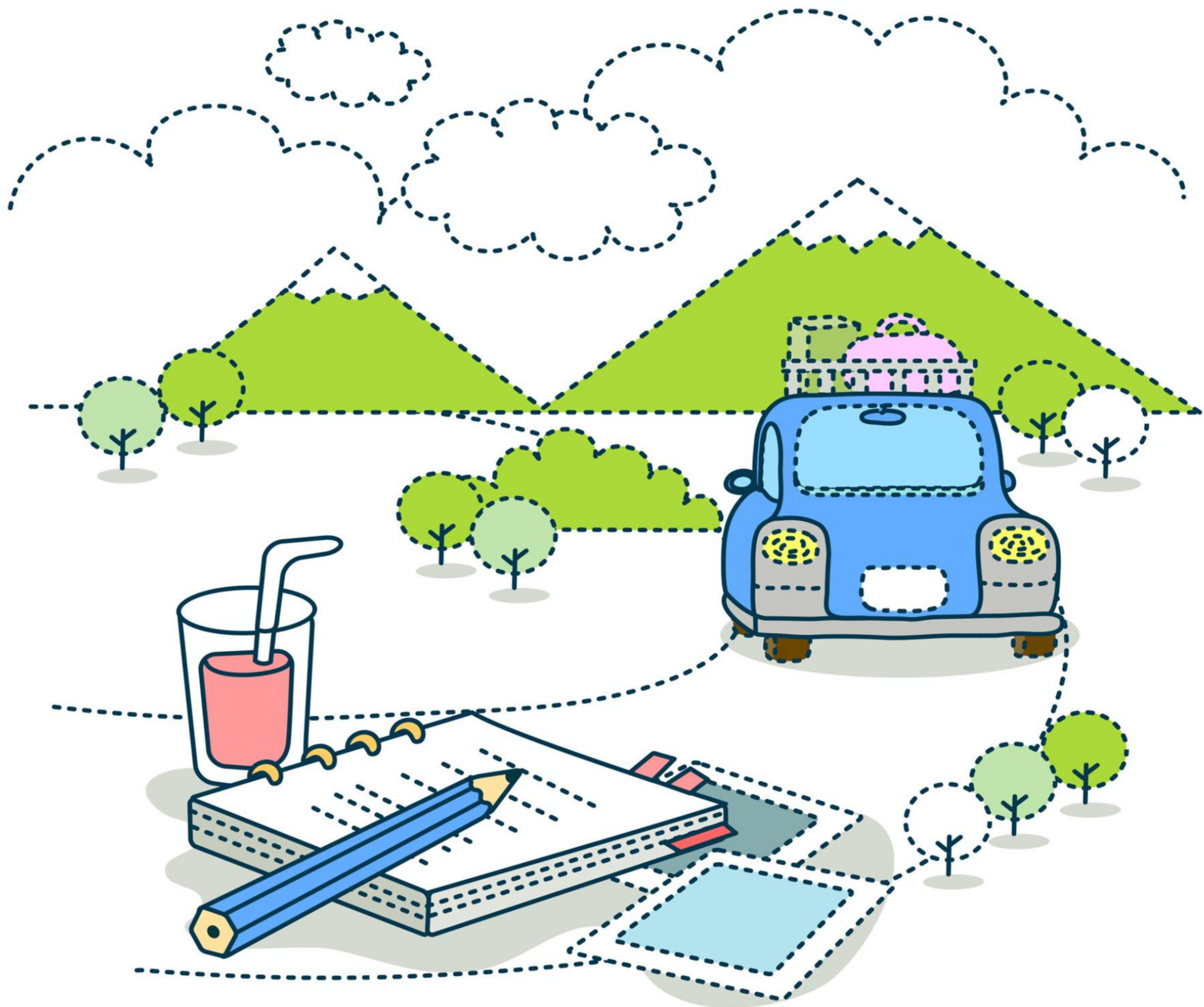




目前，我国机动车保有量快速增长，总量已突破3亿辆，相应的车险诉讼案件也愈来愈多，是律师实务中较常遇到的案件类型。车险诉讼案件涉及到法院、保险公司、机动车所有人、驾驶人、第三者受害人、交通管理部门等多方当事人，具有一定的特殊性，同时保险公司内部还会设置多个审核部门，使得车险案件流程化操作。律师在处理车险诉讼案件时，既要把握案件整体情况，形成具体抗辩意见，还要注意到保险公司理赔规定，使案件处理结果符合客户的要求。因此，作为保险诉讼律师，应该对车险诉讼的特点和风险予以更多的关注。笔者作为保险总公司的前从业人员，希望能从保险公司管理角度说明保险诉讼律师应注意的问题。下面一个律师事务所被客户保险公司起诉的案例就充分显示出保险诉讼律师实际从事保险业务的风险。

车险诉讼案件的特点及风险防范

◎ 文 / 崔冽 熊威 / 上海办公室



案例

A:中国人民财产保险股份有限公司某支公司
B:浙江某律师事务所
C:B律所律师

2014年3月，A公司所承保的浙G×××××号重型货车超载发生交通事故，造成两名三者死亡、车辆严重受损。浙G×××××号在A处投保了交强险、50万元三者责任险及不计免赔，特别约定超载行为增加10%免赔率。

后事故双方协商不下，受害者家属诉至法院，诉争标的分别为798211元、827478元。A公司在举证期限内向法院提交了书面答辩及肇事车辆保险单等材料，同时将本案委托给B律所代理诉讼，为此双方于同年6月签订委托代理合同并交接相关诉讼材料，B指派C律师作为代理人出庭参加诉讼。后C因未注意到保险合同中的超载免赔10%的特殊约定，与受害者家属达成了明显超出浙G×××××号重型货车在原告处承保的保险限额的民事调解书，造成原告经济损失375495.39元。

A向法院申请再审，法院审查后裁定驳回原告再审申请。A依据调解书、执行通知书于同年11月将赔款汇入账户。后A向法院诉请要求B律所赔偿因C过失代理行为造成的经济损失。法院认为B在未查明投保险种限额情形下，达成了超过保险限额的调解协议，致使A实际支付的保险赔款明显超出其保险责任限额，A由此造成的损失与B诉讼代理人的调解行为有直接的因果关系，且B代理行为存在过错，依据《合同法》第406条第一款“有偿的委托合同，因受托人的过错给委托人造成损失的，委托人可以要求赔偿损失”的规定，最终判决支持了A的诉求，B律所赔偿A保险公司全部损失。

车险诉讼案件的特殊性

从以上案例看出，律师代理车险案件时，一旦疏忽保险合同某个约定内容，将会导致保险公司承担不必要的损失，保险公司在进行赔付后，往往会要求受托律所赔偿其损失。造成这样的后果，一方面与律师职业综合素质有关，另一方面还与车险案件多样复杂的特点有一定的关系。

一般来说，车险案件涉及诉讼，前端理赔部门会将案件移送法务部门，由法务部门负责处理，直至法院审理判决或调解完毕，再交由核赔部门进行审核结案。

法务部门收到一个涉诉案件，首先会登录理赔系统查询保单信息，收集投保单、批改申请书、批单、保险协议等相关书面材料，审核保险责任，是否存在免赔或拒赔事由，之后再确定赔付比例和具体金额。这是保险公司车险诉讼案件的一般操作流程，车险诉讼案件还因保险公司理赔部门多层审核岗位而存在着特殊性。

（一）保险公司理赔部门众多

保险公司车险案件流转流程主要分为查勘定损、人伤理赔、诉讼追偿、核赔等部门，还有负责审核案件质量的品控部门。为了控制诉讼风险，保险公司往往会要求理赔的其他岗位对诉讼案件中涉及人伤、核损、核赔等专业的焦点争议问题给予指导意见。比如，对诉讼案件车物、人伤索赔资料的真实性、完整性，相关费用合理性、事故关联性，配合法务人员进行实质审核以及风险提示；对法院判决的诉讼案件，人伤岗和核损岗还需配合法务人员综合评定判决的合理性，给出处理建议；对法院调解案件，人伤调查岗需配合诉讼追偿岗拟定调解方案并协助开展沟通谈判。



崔冽 | 合伙人

专业领域：保险、公司
手机：+86 136 5199 5725
邮箱：cuilie@zhhlaw.com



熊威 | 律师助理

专业领域：金融保险
手机：+86 185 1610 1279
邮箱：wayne@zhhlaw.com

涉及复杂案件，还需要理赔各岗位会商讨论，围绕争议焦点，根据事实与法律、公司有关规定制度等提出案件处理意见。一般会商审核重点包括案件程序和实体上的问题。比如，程序上包括申请法院调查取证、申请重新鉴定伤残等级或三期、申请非医保用药鉴定、申请延期举证、申请证据保全、申请财产保全、申请中止审理、案件管辖权等；实体上则包括证据是否充分，答辩方向是否准确、全面，应诉方案是否可行，调解方案是否合理等。特殊情况下，保险公司理赔时还会考虑到业务端保费收入及社会舆论，形成通融赔案的会商意见。

所以，律师在处理保险公司车险案件时，不仅要考虑到办理车险案件的诉讼程序，还要考虑到车险案件在保险公司内部流转的特殊之处。

（二）保险公司内部审核层级多

保险公司在各省市设立分公司，在市县设立中支公司、支公司。其中，总公司负责诉讼案件管理制度、流程建设、诉讼案件过程管理，对超分公司权限的涉诉案件，给予程序和实务上的指导，在理赔业务上和法律专业上为机构提供支持；分公司则较多负责组织、协调、指导、监督下级分支机构涉诉案件的具体处理，包括诉讼案件应诉、调解、上诉、申诉、再审等环节的指导与实施；中支公司具体负责诉讼案件的处理与实施，其中需外聘律师的案件，保险公司常要求案件具体负责人员需与律师及时进行沟通，掌握案件争议焦点和答辩的关键理由，对案件的进展情况做到及时跟踪和处理，并配合律师出庭诉讼。

为了便于总公司对理赔案件的控制，一般会对各层级公司设置审核权限。比如，总公司负责审核涉案金额50万以上的案件，分公司审核20万以上的案件，20万以下的由中支公司负责审核；若分公司接到超过20万的案件，则要求分公司理赔负责人先行预审，之后再逐级上报。下表是保险公司车险诉讼案件的层级流转图（其中Y表示“是”，N表示“否”）：

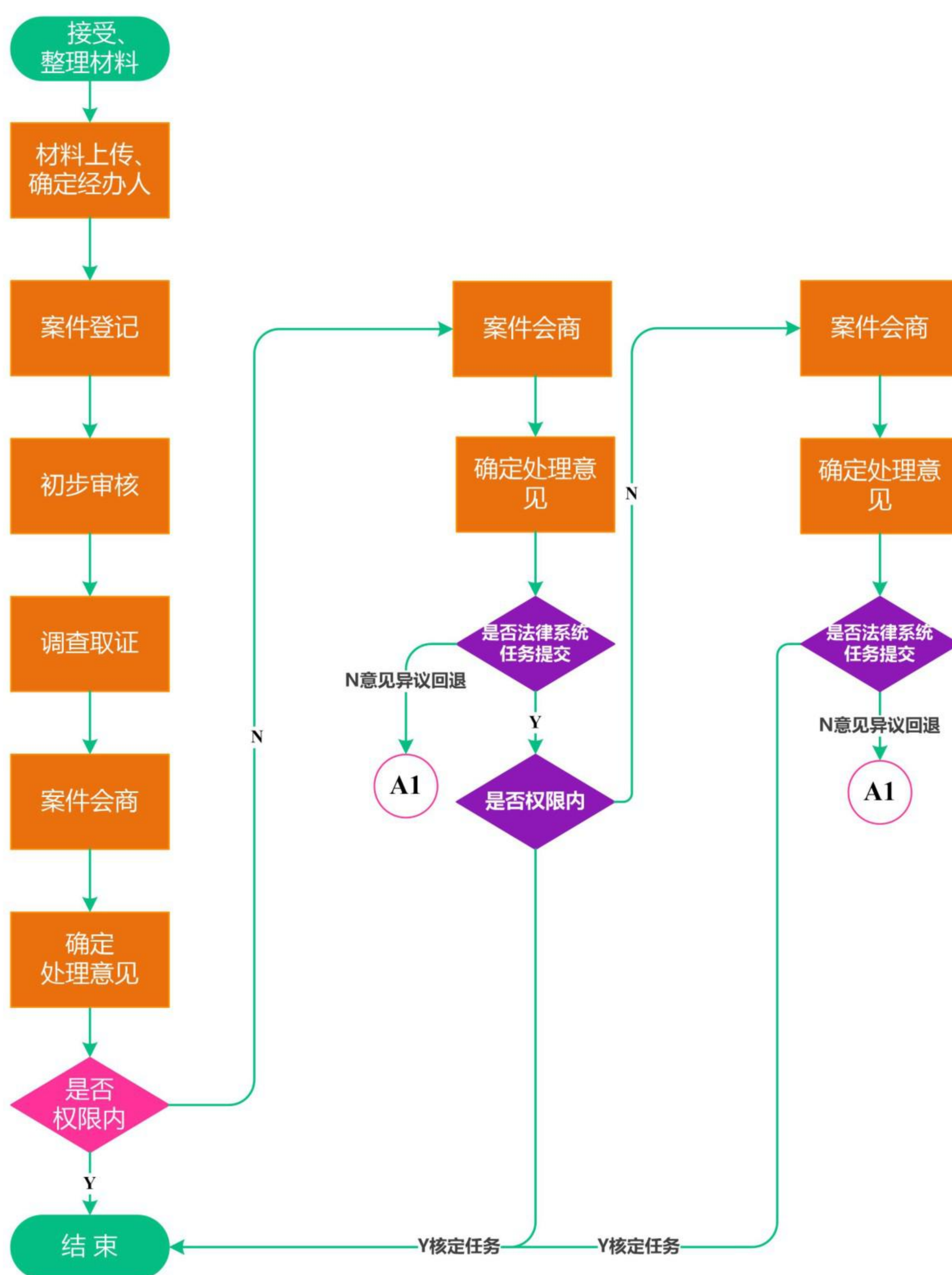
车险诉讼案件审核要点

（一）利用保险公司案件材料，形成初步应诉意见

车险案件出险后，前期已由查勘定损、人伤岗进行现场实地走访、查勘、定损等工作，积累了大量的案件信息和材料。律师在处理此类案件时，可以利用保险公司资源，及时与保险公司法务人员沟通，通过查询保

诉讼工作流程

经办人 (中支、分公司诉讼岗) A	一级审核人 (分公司诉讼岗) B	二级审核人 (运营中心诉讼岗) C
-------------------------	------------------------	-------------------------





险公司理赔系统，搜集案件相关材料和备注信息，并利用这些材料形成初步应诉意见，明确下一步应调查取证的方向。

律师在了解案件基本情况时，应注意以下几个方面：

1.审核保险合同、保险标的、被保险人与驾驶人员资格，初步分析、判断保险合同是否成立、有效，出险时被保险人是否具有保险利益和具备索赔资格。

(1) 投保人、被保险人、报案人、赔偿请求人与行驶证上所述车主是何关系，保险合同上对此有无特别约定或标注。

(2) 驾驶人员与报案记录、出险通知书、索赔申请书、责任认定书、赔偿调解书以及提供的驾驶证上的人是否同一人，驾驶人员与被保险人是何关系，严格界定驾驶人员真实身份，防止顶替假冒。

(3) 行驶证是否有有效的年审

印章，年审印章的真实性。临时号牌是否有效，是否超出临时号牌规定的行驶区域。驾驶证准驾栏标注是否与事故车辆类型相符，是否存在军队驾驶证驾驶地方车辆、地方驾驶证驾驶军队车辆的情形，是否存在不得驾驶有关车辆的情形。营运车辆是否具备合法有效的营运资格证件。驾驶特种车是否具备特种车操作许可证。

(4) 保险合同签署是否规范，是否已经缴费生效，对缴费有否特别约定，出险日期是否在缴费日期之

后，被保险人是否已尽各项义务并具备索赔资格。

(5) 保险标的的车种车型、号牌、发动机号、车架号是否同行驶证和保险单上的相关内容完全一致。

2. 认真审核涉诉材料，明了事故发生的全貌。比如，发生事故的确切时间、地点；事故发生地的自然环境、显著标志物、路面条件、道路形态；出险当时的天气情况（如：大致的风力、雨量、日照情况等）；事故发生时的车速、行车轨迹、占道情况及事故发生情景；事故发生的原因。

事故造成的各方损失情况明了，尤其对第三者损失的情况需注意：

(1) 财产：明了财产损失细目及损失程度或状态。

(2) 人员：受害人员的姓名、性别、年龄、家庭住址、伤亡程度、就医医院、诊断医师、治疗费用及凭证、医疗档案。人员涉及死亡的，应有死者的死亡证明、尸检证明、户籍注销证明；人员涉及残疾的，应有法医鉴定书等。

3. 常见争议焦点有：拒赔、事故责任比例、免赔加扣事项、伤残等级、赔偿标准、三期时间、被抚养人生活费、残疾辅助器具费、精神抚慰金、非医保用药金额、保险金分摊等。

4. 原告主体是否适格，如发现当事人主体不适格应以书面形式向法院提出。





5. 受诉法院是否有管辖权。案件处于一审期间的，如受诉法院无管辖权，可以在答辩期内，根据不同情况决定是否提起管辖权异议。

6. 举证时间。举证时间不足15日的，以书面形式向法院申请至少15日的举证时间。如果在举证期限内提交证据材料确实存在困难，可以在举证期限内向法院书面申请延期举证。

7. 是否追加被告。审核交通事故认定书（或交警部门事故情况说明），是否还有其他有责方或无责方没有被列入被告。如有，应以书面形式向法院提出申请追加。

8. 原告诉讼请求、事实与理由有无相应证据材料。

9. 了解查勘定损、人伤探视等理赔要求的落实情况及相应证据材料。审核是否有预赔及金额，如有预付，准备好已预付的凭证向法院提交；审核损失在理赔流程是否通过及通过金额。

（二）调查走访补充证据，形成具体应诉意见

利用保险公司内部所形成的案件材料，律师可以形成初步应诉意见；但有些关键材料则需要律师进一步调查取证，补充实质性证据，方能最终形成具体的应诉意见。

常见的调查取证方式有以下几种：

1. 整理法院邮寄的诉讼材料；

2. 前往法院收集原告方已提供但法院未随诉状寄送的案卷材料；

3. 要求原告方提供诉讼材料；

4. 整理公司其他岗位前期已收集到的案件证据材料，如承保、查勘定损材料等，并根据案件处理需要和经验，主动调查取证或者根据上级机构意见补充调查取证；

5. 依据民事诉讼法的有关规定，申请法院调查取证（《民事诉讼证据规则》第十七条）。

一般来说，调查取证内容包括：审核保险合同，确定保单、投保单、特别约定、批单、投保协议、保单条款等；交管部门出具的事故认定书（或事故情况说明）；标的车行驶证及肇事司机驾驶证（特殊情况下，包括体检回执、从业资格证、营运资格证、特种车操作证等）；事故经济赔偿凭证或当事人接受赔款收据；死伤者身份证明；户籍类证明，比如户口本、身份证、暂住证或者居住证、劳动合同、居委会证明、县级以上国土部门出具的失地证明、租房证明或房产证、派出所证明等。

若伤者死亡的，则需提供死亡证明。比如，医疗机构或司法机关出具的死亡证明，司法机关出具的死因鉴定意见书，公安机关出具的户口注销证明，殡仪馆出具的火化证明及收费收据。

若伤者伤残的，则需提供残疾证明。比如，伤残鉴定报告，鉴定机构资质证明及鉴定人员资质证明，残疾辅助器具装配机构出具的装配证明，残疾辅助器具装配机构资质证明。

若伤者涉及被抚养人问题，则需



要调查取证政府部门出具的被抚养人与伤者的关系证明，被抚养人身份及户籍证明（必须说明户籍性质），死伤者家庭关系证明（列举对被抚养人承担抚养义务的其他共同抚养人）。医疗费、误工费、护理费、交通费等不再一一赘述。

车险案件常涉及到三者车辆损失诉求，财产损失证据应包括：车辆损坏的评估单，修理施工单及发票；财物损失清单；牲畜因伤失去使用价值或死亡，物价部门的评估单；不便提交的大宗物品；易烂霉变和不易保管的物品；应有原物的照片；估价证明及鉴定结论。

如果在举证期限内提交证据材料确实存在困难，可以在举证期限内，向法院申请延期举证。因客观原因不能自行收集的证据，可以申请人民法院调查收集。客观原因主要是指以下三种情况：

1. 申请调查的证据属于国家有关部门保存并只能由人民法院依职权调取的档案材料；
2. 当事人申请调查的证据涉及到国家秘密、商业秘密和个人隐私；
3. 需要动用国家司法权才能收集到的证据材料。

在证据可能灭失或者以后难以取得的情况下，可以向法院申请保全证据。

车险诉讼案件风险点及应对策略

从车险案件所涉及的保险公司审核部门及案件审核要点来看，车险诉讼案件不单是侵权案件，还涉及合同纠纷，不仅存在人身侵害损害赔偿，还有财物损失赔偿，涉及面较多，对律师的综合素质要求较高。另外，律师一方面要依法灵活处理复杂的车险诉讼案件，另一方面还要全面考虑保险公司内部层层审核部门，确保案件妥善得到解决。

（一）法律和保险条款变化的风险点

车险诉讼案件涉及《保险法》、《侵权法》、《合同法》、《道路交通安全法》及各种司法解释，还有中国保险业协会印发的保险示范条款，各个保险公司还会结合自身业务需求设计不同的保险条款。一旦法律或示范条款作出修改，各家保险公司的保险条款也会作出相应的变化，修改具体的保险合同约定的内容。作为车险诉讼案件的律师，应时时关注这些变化，以便处理案件时不会适用法律错误，避免案件出现处理偏差的风险。

比如，车险诉讼案件中伤残赔偿金项目的计算，要用到受诉地法院上一年度居民可支配收入金额，该金额由各地统计局每年进行更新（比如2015年上海市城镇常住居民人均可支配收入52962元，2016年上涨到57692元，数值发生了较大变化）。又比如，保险业协会于2013年更改了机动车商业责任保险示范条款，较09版条款有多处发生了变化，其中较大改动的一处删除了责任免除条款中关于同一家庭成员发生交通事故不赔的规定。该条款的删除，使得驾驶员和被保险人的家庭成员的人身伤亡、

所有或代管的财产损失应得到保险公司的赔偿。如果律师再就此抗辩，就不存在法律依据，难以得到法院的认可。

（二）保险案件自身的风险点

机动车投保险种主要有交强险、商业三者险、车损险和不计免赔。其中，交强险全称机动车交通事故责任保险，属于国家强制要求机动车投保险种。国务院颁布的《机动车交通事故责任保险条例》中规定了保险公司具体赔偿的内容，以及不赔和垫付追偿的特殊情形。比如，驾驶人未取得驾驶资格或醉酒的，保险公司在交强险垫付抢救费用后，有权向致害人追偿。又比如，机动车虽然在道路以外的地方通行发生事故，造成人身伤亡、财产损失的赔偿，可以比照在道路上发生交通事故适用交强险。

交强险赔偿限额为12.2万元，包括死亡伤残赔偿金11万、医疗费1万、财产损失2000元。其中，死亡伤残赔偿项目内包括误工费、护理费、残疾赔偿金、被扶养人生活费、交通费、住宿费、精神抚慰金。若受害人死亡的，还有死亡赔偿金和丧葬费。医疗费项目包括医疗费、住院伙食补助费、营养费等。这些项目中存在有各种特殊情形，律师在处理案子的时候应全面考虑。比如，在护理费的计算中，需要考虑护理人员收入状况、护理人数、护理期限。而护理人数需考虑临床护理级别确定护理人数（一级护理二人，二级护理一人，三级护理无需护理人）；护理期限则应计算至受害人恢复生活自理能力时止，受害人因残疾不能恢复生活自理能力

的，可以根据其年龄、健康状况等因素确定合理的护理期限，但最长不超过二十年。任何一个子项未考虑仔细，就会导致该项目费用计算错误，全案的赔偿金额也会出现错误。

（三）保险公司内部制度的风险点

保险公司车险理赔部门设置岗位众多，各岗位之间相互配合，车险案件层层审核，确保案件符合公司内部制度的规定。这样的流程化操作，一方面可以避免因某一个岗位的错误影响到整体理赔案件的处理结果，但另一方面也使得保险公司理赔时的机械化操作。比如，律师在伤残部分减损明显，但误工费赔付金额略高于保险公司的规定，整体案件在核赔部门审核时，难以录入理赔系统，导致案件未审核通过，最终由律师个人赔偿该项目中多赔付出的金额。

在实务中，常见的风险点来自于伤残赔偿金赔付。机动车出险后，若涉及人伤时，会有专门的人伤老师进

行跟踪，并就受害人伤残等级给出意见。律师在开庭调解时，要注意保险公司在案件备注中注明的伤残意见，及时与人伤老师沟通调解方案，避免因擅作主张，与原告达成的调解方案不符合保险公司要求。案情复杂的案件，需要提前与保险公司商讨确定调解底线，确保最终的调解方案赔付金额符合保险公司核赔要求。

（四）司法环境差异化的风险点

律师在处理车险诉讼案件时，不仅要注意到案件本身所涉及的法律问题，还要注意法院所在地的司法环境差异化的问题。在实践中，车险诉讼案件存在着诸多有争议的法律规定，各地法院结合本地司法环境会作出不同的法律解释。比如，保险合同中的免责条款，虽然已属法律禁止性规定，但有些法院同样要求保险公司需尽到说明提示义务，而这样的义务往往难以自证。法院依据《合同法》第四十一条的规定，“对格式条款的理解发生争议的，应当按照通常理解予

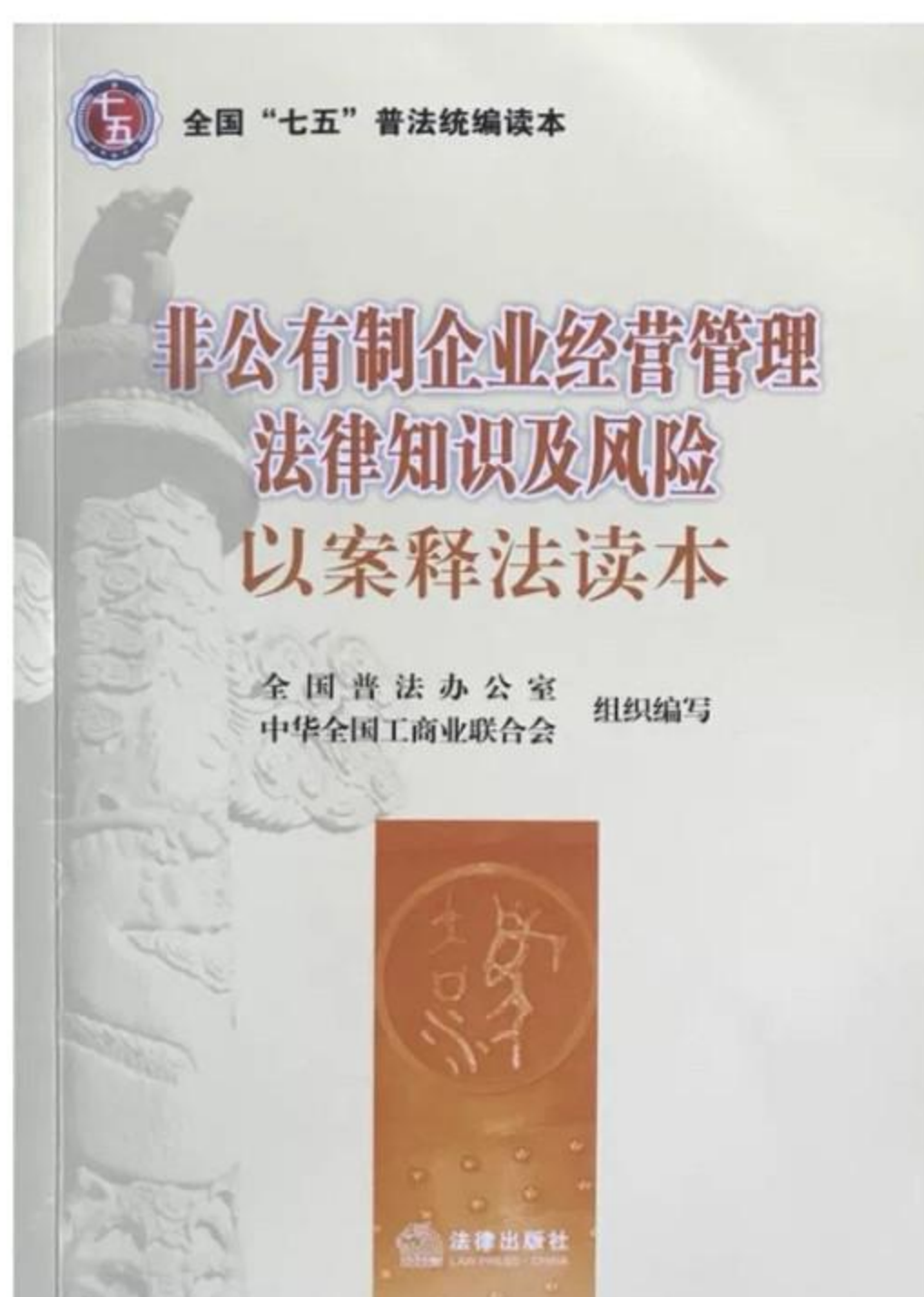
以解释。对格式条款有两种以上解释的，应当作出不利于提供格式条款一方的解释。”从而认定保险公司订立保险合同时，未尽到提示说明义务，而要求保险公司继续履行赔付责任，这样就造成了同样的案情在不同法院会有不同的判决结果。

还有一个较为争议的是精神损害赔偿是否依据责任比例进行赔付。以广东省为例，湛江、茂名地区法院不支持按照责任比例计算，而东莞、惠州、河源则支持按照责任比例计算，其他地区比如佛山、顺德、中山则会适当考虑，但不完全按责任比例计算。还有其他争议比如医疗费是否支持扣除非医保、伙食补助适用标准、长期护理费支付方式、被扶养人费用项目适用被扶养人还是抚养人标准计算等，都存在着司法环境差异。律师在处理不同地区的车险诉讼案件时，需要注意司法环境差异对案件带来的影响。为规避此类风险，律师可以搜集本区域2年内法院会议纪要、通知、规定、要求等司法文件以及法院审理类似案件的判例等，从而综合把握当地司法环境差异，有的放矢地处理不同地区车险诉讼案件。



合伙人涂小琴、陈晴一行赴美国纽约拜访 White and Williams 和 Carter Ledyard & Milburn

2017年11月1日，合伙人涂小琴、陈晴、傅达庆、汪飞一行10人，共赴美国纽约对 White and Williams LLP 和 Carter Ledyard & Milburn LLP 两家顶级律所进行拜访和交流。这是中豪坚持多年的一年一度国际律所交流学习之旅，以期加强与国际顶级律所的联系，实现跨境跨界资源整合，国内外信息共享、需求对接，以及业务互助。座谈交流中，双方就业务质量及风险控制、专业分工及团队化作业、合伙人参与管理等方面进行了深入沟通与交流，期待建立战略合作关系。



章朝晖、文奕律师 参与编写全国“七五”普法读本

2017年10月，由全国普法办公室与中华全国工商业联合会组织编写的《非公有制企业经营管理法律知识及风险以案释法读本》面世。北京办公室章朝晖律师独立撰写了《企业治理中的法律知识及法律风险》，并与合伙人文奕共同撰写《企业破产、并购、重组法律知识及风险》。章朝晖律师指出，在“七五”普法的开局之年，如此高规格出版普法教材，充分体现党和政府在全面依法治国的新形势下，利用法治的方式为非公有制经济的健康发展保驾护航，为非公有制经济人士依法守规经营发展提供支持和保障。



ONC Lawyers
柯伍陳律師事務所



中豪律師集團

重庆

重庆市渝中区邹容路68号大都会广场22层 邮编: 400010
22/F, Metropolitan Tower 68 Zourong Road, Yuzhong District, Chongqing 400010, PRC
Tel: +86 23 6371 6888 Fax: +86 23 6373 8808 Email: cq@zhhlaw.com

北京

北京市朝阳区光华路1号北京嘉里中心南楼14层 邮编: 100020
14/F, Beijing Kerry Centre South Tower, 1 Guanghua Road, Chaoyang District 100020, PRC
Tel: +86 10 8591 1088 Fax: +86 10 8591 1098 Email: bj@zhhlaw.com

香港

香港中环花园道3号花旗银行广场ICBC大厦11层
11/F, ICBC Tower, Citibank Plaza 3 Garden Road, Central, Hong Kong
Tel: +852 3102 7788 Fax: +852 2267 8568 Email: HK@zhhlaw.com

纽约

纽约曼哈顿麦迪逊大道590号IBM大厦21层 邮编: 10022
21/F, IBM Tower, 590 Madison Ave, Manhattan, New York 10022, USA
Tel: +1 (212) 521 4198 Fax: +1 (212) 521 4099 Email: NYC@zhhlaw.com

上海

上海市浦东新区浦东南路256号华夏银行大厦13层 邮编: 200120
13/F, Huaxia Bank Tower 256 Pudong Road South, Pudong New District, Shanghai 200120, PRC
Tel: +86 21 6886 6488 Fax: +86 21 5888 6588 Email: sh@zhhlaw.com

成都

成都市锦江区红星路3段1号国金中心1号楼22层 邮编: 610021
22/F, IFS Office Tower 1, No.1 Section 3 Hongxing Road, Jinjiang District, Chengdu, 610021, PRC
Tel: +86 28 8551 9988 Fax: +86 28 8557 9988 Email: cd@zhhlaw.com

贵阳

贵阳市南明区新华路126号富中国际广场10层 邮编: 550002
10/F, Fuzhong International Plaza, 126 Xinhua Road, Nanming District, Guiyang 550002, PRC
Tel: +86 851 8551 9188 Fax: +86 851 8553 8808 Email: gy@zhhlaw.com

江北

重庆市江北区江北城街道金融城2号T2栋9层 邮编: 400023
9/F, T2 Financial Town No.2, Jiangbeicheng Road, Jiangbei District, Chongqing 400023, PRC
Tel: +86 23 6701 8088 Fax: +86 23 6701 8388 Email: jb@zhhlaw.com



weibo.com/zhhlawfirm



@zhhlawfirm



@zhhlawfirm



www.zhhlaw.com